

Sygn. akt: KIO 3166/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2024 r. przez wykonawcę Biuro Inwestorskie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miękinia,

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy SAFAGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre CEDEX,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w części zarzutu nr 1 petitum odwołania, w której zarzut ten odnosi się do postanowienia posiadania przez Inżyniera/Kierownika zespołu certyfikatu zarządzania projektem wg metodyki PRINCE2, IPMA lub PMI (pkt 3.4.2.1.4. SWZ).
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 petitum odwołania.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3166/24

Uzasadnienie

Gmina Miękinia, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Uzbrojenie terenów Legnickiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej w ramach Podstrefy Miękinia” postępowanie udzielane w częściach: Część 1 - wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Budowa nowej

oczyszczalni ścieków wraz z budową infrastruktury wodno-kanalizacyjnej w gminie Miękinia” oraz Część 2 - wykonanie usługi: Inżynier Kontraktu dla przedsięwzięcia pn. „Uzbrojenie terenów Legnickiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej w ramach Podstrefy Miękinia”, nr postępowania: ZP.271.06.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 19 lipca 2024 r., nr publikacji ogłoszenia: 435107-2024, nr wydania Dz.U. S: 140/2024.

W postępowaniu tym wykonawca Biuro Inwestorskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) 1 września 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający prawidłową ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, określonej jako minimalne poziomy zdolności, tzn. poprzez wskazanie wymogu dot. „posiadania przez Inżyniera/Kierownika zespołu certyfikatu zarządzania projektem wg metodyki PRINCE2, IPMA lub PMI” oraz „doświadczenia w budowie

lub przebudowie lub rozbudowie (od rozpoczęcia robót do odbioru końcowego lub przejęcia przez zamawiającego) co najmniej jednej oczyszczalni ścieków o wielkości co najmniej 10 000 RLM, realizowanej przy wykorzystaniu metodyki zarządzania projektem PRINCE2

lub IPMA lub PMI lub AGILE SCRUM”;

2) art. 112 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający prawidłową ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, określonej jako minimalne poziomy zdolności, tzn. poprzez wskazanie wymogu dot. „świadczenia usługi inżyniera przy projektowaniu inwestycji w okresie od rozpoczęcia projektu budowlanego do uzyskania pozwolenia na budowę oraz do odbioru końcowego lub przejęcia przez zamawiającego dla inwestycji dotyczących wyłącznie budowy nowych obiektów wraz z montażem przewidzianych dla nich urządzeń i infrastruktury: reaktorów biologicznych, osadników wtórnych, sieci międzyobiektowych, budynku/budynków, stacji dmuchaw, wraz z wykonaniem nowych instalacji elektrycznych i akpia.”;

3) art. 99 ust 1, 2 oraz 4 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w oparciu o cechy charakterystyczne dla systemu informatycznego FIDman, przy czym niektóre z podanych parametrów spełnia tylko ten system informatyczny. Twórcą systemu informatycznego jest firma, która z racji profilu swojej działalności może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konieczność realizacji usługi w oparciu o system informatyczny oferowany przez konkretnego wykonawcę co prowadzi do jego uprzywilejowania. Dla prawidłowego wykonania zamówienia i zapewnienia jakości na odpowiednim poziomie, posługiwanie się takim systemem jest nieproporcjonalne do celów przetargu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację SWZ w następujący sposób:

1. Wykreślenie z warunków udziału w postępowaniu w punkcie 3.4.2.1.3.2 treści „realizowanej przy wykorzystaniu metodyki zarządzania projektem PRINCE2 lub IPMA lub PMI lub AGILE SCRUM”.
2. Usunięcie w całości z warunków udziału w postępowaniu warunku określonego w punkcie 3.4.2.1.4 – „certyfikat zarządzania projektem wg metodyki PRINCE2 lub IPMA lub PMI lub AGILE SCRUM”.
3. Usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia wymogów wykonywania obowiązków zgodnie z jedną z uznanych metodyk zarządzania projektami: PMI, IPMA, PRINCE2, AGILE SCRUM. W szczególności treści wprowadzonej do OPZ odpowiedzią na pytanie 5 z dnia 22.08.2024r.
4. Nadanie punktowi 3.4.1.1 SWZ następującego brzmienia: „co najmniej dwie usługi inżyniera przy projektowaniu inwestycji w okresie od rozpoczęcia projektu

budowlanego do uzyskania pozwolenia na budowę, dla

budowy/rozbudowy/przebudowy oczyszczalni ścieków. Wielkość każdej oczyszczalni objętej ww. inwestycją wynosiła co najmniej 10 000 RLM. Jedna z ww. usług dotyczyła robót o wartości co najmniej 50 mln zł brutto;”.

5. Nadanie punktowi 3.4.1.2 SWZ następującego brzmienia: „co najmniej dwie usługi inżyniera w okresie od rozpoczęcia robót do odbioru końcowego lub przejęcia przez zamawiającego dla inwestycji obejmujących budowę/rozbudowę/przebudowę oczyszczalni ścieków. Wielkości każdej oczyszczalni objętej ww. inwestycją wynosiła co najmniej 10 000 RLM. Jedna z ww. usług dotyczyła robót o wartości co najmniej 50 mln zł brutto.

6. Usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia zapisów dotyczących Systemu komputerowego wraz z oprogramowaniem lub modyfikacji treści wymogów odnośnie systemu informatycznego w taki sposób, aby dostępność do sytemu nie naruszała zasad uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Następnie Odwołujący przedstawił argumentację.

W złożonej pismem z 18 września 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł w zakresie zarzutu nr 1 petitum odwołania o jego odrzucenie, w zakresie zarzutu nr 2 petitum odwołania o jego umorzenie w zakresie zarzutu nr 3 petitum odwołania o jego oddalenie.

W piśmie z 23 września 2024 r. Odwołujący przedstawił swoje stanowisko na piśmie wobec argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO” lub „Izba”), rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą

biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze

uczestnika postępowania, po stronie Odwołującego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca SAFAGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre CEDEX (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie protokołu postępowania sporządzonego na druku ZP – PN, Izba ustaliła, że treść specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) w pierwotnym brzmieniu, została opublikowana 19 lipca 2024 r. Zamawiający zawarł w jej treści następujące wymagania: „3.4.2.1.4. certyfikat zarządzania projektem wg metodyki PRINCE2, IPMA lub PMI;”. W wyniku modyfikacji prowadzonej 22 sierpnia pkt ten uzyskał treść: „3.4.2.1.4. certyfikat zarządzania projektem wg metodyki PRINCE2 lub IPMA lub PMI lub AGILE SCRUM;”. Następnie, w wyniku zmiany treści SWZ z 20 września 2024 r. pkt ten uzyskał treść: „3.4.2.1.4. certyfikat zarządzania projektem wg metodyki PRINCE2 lub IPMA lub PMI lub AGILE lub SCRUM;”.

Pierwotne brzmienie pkt 3.4.2.1.3.2. SWZ było następujące: „budowie lub przebudowie lub rozbudowie (od rozpoczęcia robót do odbioru końcowego lub przejścia przez zamawiającego) co najmniej jednej oczyszczalni ścieków o wielkości co najmniej 10 000 RLM;”. Po zmianie z 22 sierpnia postanowienie to uzyskało treść: „budowie lub przebudowie lub rozbudowie (od rozpoczęcia robót do odbioru końcowego lub przejścia przez zamawiającego) co najmniej jednej oczyszczalni ścieków o wielkości co najmniej 10 000 RLM, realizowanej przy wykorzystaniu metodyki zarządzania projektem PRINCE2 lub IPMA lub PMI lub AGILE SCRUM;”. W związku ze zmianą z 20 września 2024 r. pkt ten uzyskał brzmienie: „3.4.2.1.3.2. budowie lub przebudowie lub rozbudowie (od rozpoczęcia robót do odbioru końcowego lub przejścia przez zamawiającego) co najmniej jednej oczyszczalni ścieków o wielkości co najmniej 10 000 RLM;”. Ponadto wprowadzono postanowienie o treści: „3.4.2.1.5. inwestycji o wartości nie mniejszej niż 50 000 000 zł, realizowanej przy wykorzystaniu metodyki zarządzania projektem PRINCE2 lub IPMA lub PMI lub AGILE lub SCRUM (dotyczy wyłącznie w przypadku gdy Asystent inżyniera nie posiada analogicznego doświadczenia, o którym

mowa w pkt 3.4.2.2.2);”.

Treść pkt 3.4.1.2 i 3.4.1.2. w brzmieniu SWZ z 23 sierpnia 2024 r. miała treść: „3.4.1.1. co najmniej dwie usługi inżyniera przy projektowaniu inwestycji w okresie od rozpoczęcia projektu budowlanego do uzyskania pozwolenia na budowę, każda obejmująca łącznie następujące elementy: a) budowę nowych obiektów wraz z montażem przewidzianych dla nich urządzeń i infrastruktury: reaktorów biologicznych, osadników wtórnych, sieci międzyobiektowych, budynku/budynków, stacji dmuchaw, wraz z wykonaniem nowych instalacji elektrycznych i akpia, b) budowę lub przebudowę lub remont dróg i placów, c) zagospodarowanie terenu na oczyszczalni ścieków komunalnych lub przemysłowych. Wielkość każdej oczyszczalni objętej ww. inwestycją wynosiła co najmniej 10 000 RLM. Jedna z ww. usług dotyczyła robót o wartości co najmniej 50 mln zł brutto;

3.4.1.2. co najmniej dwie usługi inżyniera w okresie od rozpoczęcia robót do odbioru końcowego lub przejścia przez zamawiającego dla inwestycji każda obejmująca łącznie następujące elementy: a) budowę nowych obiektów wraz z montażem przewidzianych dla nich urządzeń i infrastruktury: reaktorów biologicznych, osadników wtórnych, sieci międzyobiektowych, budynku/budynków, stacji dmuchaw, węzła zagęszczania i odwadniania osadów wraz z wykonaniem nowych instalacji elektrycznych i akpia z dyspozytornią, b) budowę lub przebudowę lub remont dróg i placów c) zagospodarowanie terenu na oczyszczalni ścieków komunalnych lub przemysłowych. Wielkości każdej oczyszczalni objętej ww. inwestycją wynosiła co najmniej 10 000 RLM. Jedna z ww. usług dotyczyła robót o wartości co najmniej 50 mln zł brutto;”.

Po zmianie z 20 września 2024 r. ww. postanowienia uzyskały następującą treść: „3.4.1.1. co najmniej dwie usługi inżyniera przy projektowaniu inwestycji w okresie od rozpoczęcia projektu budowlanego do uzyskania pozwolenia na budowę, obejmujące łącznie co najmniej budowę następujących obiektów na oczyszczalni ścieków komunalnych lub przemysłowych: reaktorów biologicznych, osadników, sieci międzyobiektowych, budynku/budynków, stacji dmuchaw. Zamawiający dopuszcza także przebudowę lub rozbudowę ww. obiektów pod warunkiem, że roboty dla każdego z obiektów obejmowały co najmniej: wykonanie robót ziemnych, wykonanie robót konstrukcyjnych (zbrojenie i wylewanie betonu na budowie), instalacje kompletnego nowego wyposażenia technologicznego wykonanie kompletnych instalacji elektrycznych i automatyki oraz roboty wykończeniowe. Wielkość każdej oczyszczalni objętej ww. inwestycją wynosiła co najmniej 10 000 RLM. Jedna z ww. usług dotyczyła robót o wartości co najmniej 50 mln zł brutto;

3.4.1.2. co najmniej dwie usługi inżyniera w okresie od rozpoczęcia robót do odbioru końcowego lub przejścia przez zamawiającego dla inwestycji obejmujących łącznie co najmniej budowę następujących obiektów na oczyszczalni ścieków komunalnych lub przemysłowych: reaktorów biologicznych, osadników, sieci międzyobiektowych,

budynku/budynków, stacji dmuchaw. Zamawiający dopuszcza także przebudowę lub rozbudowę ww. obiektów pod warunkiem, że roboty dla każdego z obiektów obejmowały co najmniej: wykonanie robót ziemnych, wykonanie robót konstrukcyjnych (zbrojenie i wylewanie betonu na budowie), instalacje kompletnego nowego wyposażenia technologicznego wykonanie kompletnych instalacji elektrycznych i automatyki oraz roboty wykończeniowe. Wielkość każdej oczyszczalni objętej ww. inwestycją wynosiła co najmniej 10 000 RLM. Jedna z ww. usług dotyczyła robót o wartości co najmniej 50 mln zł brutto;”.

Wyjaśnieniami SWZ z 22 sierpnia 2024 r. OPZ został uzupełniony o następujące postanowienia: „Wykonawca będzie miał obowiązek wdrożyć i udostępnić do stosowania w ramach nadzorowanego Projektu system informatyczny do monitorowania i rozliczania robót o którym mowa w klauzuli 1.1.6.5.13 oraz 12.5 Warunków Kontraktu na Roboty.

Poniżej przedstawiono listę wymaganych funkcji systemu:

- a) wspomaganie tworzenia Zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów,
- b) wspomaganie tworzenia kart postępu Robót wraz z przechowywaniem kolejnych wersji kart, c) archiwizacja dokumentów poświadczających wykonanie Robót,
- d) wspomaganie i rejestracja procesu zatwierdzania kart postępu Robót,
- e) automatyczne generowanie następujących dokumentów rozliczeniowych:
 - zestawienie kart postępu Robót (protokołów odbioru w SIRM),
 - rozliczenia Miesięcznego Wykonawcy,
 - przejściowe Świadectwa Płatności
- f) bieżące monitorowanie postępu rzeczowego i finansowego Robót na podstawie danych z dokumentów rozliczeniowych,
- g) automatyczne powiadamianie e-mail o istotnych zdarzeniach dotyczących procedury rozliczania robót, Zamawiający, Wykonawca i Inżynier będzie korzystał z systemu informatycznego

W celu korzystania z systemu nie może być wymagane instalowanie żadnego dodatkowego oprogramowania poza darmową, dowolną przeglądarką internetową (z wyłączeniem przeglądarki Internet Explorer).”.

W wyniku zmiany wprowadzonej 20 września powyższe postanowienia zostały zmienione w sposób następujący:

„Zamawiający wymaga systemu, który:

- 1) pozwala na tworzenie harmonogramów prac oraz zestawień kosztów projektu;
- 2) pozwala na tworzenie dokumentów ewidencjonujących postęp prac (np. karta postępu, raport z postępu);
- 3) pozwala na archiwizację dokumentacji projektu;
- 4) umożliwia prowadzenie projektu poprzez proces elektronicznego obiegu dokumentów (rejestracja i zatwierdzanie dokumentów);
- 5) umożliwia generowanie dokumentów rozliczeniowych, które strukturą i zawartością mogą pełnić następujące funkcje:
 - a) protokoły odbioru (karty postępu robót)
 - b) rozliczenia kosztów (rozliczenia miesięczne Wykonawcy)
 - c) Przejściowe Świadectwa Płatności,
- 6) pozwala na bieżące monitorowanie postępu rzeczowego i finansowego robót
- 7) pozwala na generowania powiadomień email w zakresie istotnych zdarzeń dotyczących obsługiwanego w systemie projektu
- 8) pozwala na użytkowanie z dowolnej darmowej przeglądarki”.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Na wstępie zaznaczyć należy, że na dzień rozpoznania sprawy treść SWZ w zaskarżonym zakresie uległa modyfikacjom w wyniku zmian wprowadzonych 20 września 2024 r., co Izba była zobowiązania wziąć pod uwagę przy rozstrzygnięciu odwołania.

Ad zarzutu 1.

Izba odrzuciła odwołanie częściowo w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 petitum odwołania. Zamawiający zasadnie podniósł, że w tym zakresie odwołanie zostało wniesione po upływie terminu. Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania wskazał, że Zamawiający 22 sierpnia 2024 r. wprowadził zmiany w treści SWZ i jak wynika z okoliczności sprawy, Odwołujący ten termin uznał za miarodajny do obliczenia 10 dniowego terminu na wniesienie odwołania. Niemniej jednak kwestionowane postanowienie zawarte w pkt 3.4.2.1.4. SWZ zostało zawarte już w treści SWZ opublikowanej pierwotnie, tj. 19 lipca 2024 r., natomiast 22 sierpnia 2024 r. Zamawiający w kwestionowanym postanowieniu zawartym w pkt 3.4.2.1.4. SWZ dopisał jedynie „lub AGILE SCRUM”, czego jednak w odniesieniu do tego pkt SWZ Odwołujący w treści zarzutu nie kwestionuje. Izba dostrzega, że zarzut odnosi się również do postanowienia wskazanego w pkt 3.4.2.1.3.2. SWZ, gdzie w wyniku zmiany z 22 sierpnia 2024 r. dodano „realizowanej przy wykorzystaniu metodyki zarządzania projektem PRINCE 2 lub IPMA lub PMI lub AGILE SCRUM”, jednak w tym zakresie odwołanie nie zawiera uzasadnienia, co spowodować musiało oddalenie tej części zarzutu. Natomiast w ocenie Izby jest logiczne, że skoro Zamawiający wymaga posiadania certyfikatu, to powinien iść z tym w parze wymóg posiadania doświadczenia w realizacji inwestycji z wykorzystaniem kompetencji, których posiadanie dany certyfikat potwierdza. Z przywołanej przez Odwołującego w uzasadnieniu

odwołania treści wyjaśnień SWZ udzielonych przez Zamawiającego pismem z 22 sierpnia 2024 r. objętych omawianym zakresem sporu wynika, że wykonawcy w zadanych pytaniach dążyli do uzyskania od Zamawiającego odpowiedzi na pytanie o zasadność kwestionowanego wymagania. Zamawiający w konsekwencji uzupełnił OPZ oraz wymagania wskazane w SWZ o postanowienia spójne z wymogiem posiadania spornego certyfikatu. Stąd też postanowienia wprowadzone zmianą SWZ z 22 sierpnia 2024 r. i 20 września 2024 r. nie są w ocenie Izby nowymi postanowieniami, w zakresie w jakim odnoszą się do kwestionowanych metodyk lecz stanowią konsekwencję wprowadzenia w treści SWZ z 19 lipca 2024 r. postanowienia wskazanego w pkt 3.4.2.1.4. SWZ.

Ad zarzutu nr 2.

Odwołanie w tym zakresie podlegało umorzeniu, gdyż dalsze prowadzenia postępowania stało się zbędne. Zamawiający w wyniku zmiany treści SWZ z 20 września 2024 r. zmienił postanowienia SWZ w zaskarżonym w tym zarzucie zakresie w taki sposób, że spór przestał być aktualny, co zostało podczas rozprawy przyznane przez Odwołującego.

Ad zarzutu nr 3.

Zarzut został oddalony. Odwołujący argumentował, że Zamawiający wprowadzając 22 sierpnia 2024 r. w wyniku odpowiedzi na pytanie nr 16 wprowadził do treści OPZ listę wymaganych funkcji systemu, co ogranicza konkurencję. W ocenie Odwołującego opis ten wskazuje na oprogramowanie FIDman i jest to wymaganie ograniczające konkurencję i eliminujące z postępowania Odwołującego, który nie pracuje na tym systemie komputerowym i nabycie tego systemu spowoduje, że jego oferta Odwołującego stanie się droższa i nie będzie mieć on szansy realnie konkurować w tym postępowaniu. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w postępowaniach u Zamawiającego na usługi Inżyniera Kontraktu udział bierze określony podmiot, który stworzył system FIDman, co daje mu przewagę na rynku i nad Odwołującym.

Zamawiający natomiast przekonywał, że wskazał funkcjonalności systemu i na runku oprócz ww. systemu są również dostępne inne rozwiązania, które zapewniają pożądane przez Zamawiającego funkcjonalności. Niemniej jednak Zamawiający w wyniku modyfikacji z 20 września 2024 r. zdecydował się na zmiany w treści OPZ i przeformułował sporny zakres. Zamawiający ponadto argumentował, że jego celem jest usystematyzowanie i zgromadzenie danych w jednym miejscu, co ma ułatwić pracę. Zamawiający wyjaśnił, że wskazane przykłady funkcjonalności programu są spełniane przez wiele programów udostępnianych przez wiele podmiotów. Niektóre z tych podmiotów posiadają programy o wiele bardziej skomplikowane niż wymogi stawiane przez Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego bazowanie na tradycyjnym podejściu, gdzie pliki Excel wysyłane są mailami, bardzo często prowadzi do

pomyłek związanych z pracą na niewłaściwej wersji pliku, błędami w formułach wprowadzonych ręcznie do Excel, błędami zaokrąglenia, błędami przy przepisywaniu lub kopiowaniu danych. Dodatkowo dochodzi czynnik czasu trwania procedury rozliczeniowej. Zastosowanie systemu informatycznego automatyzującego proces pozwala skrócić czas rozliczenia do jednego dnia, podczas gdy tradycyjnie zajmuje to kilka tygodni. Czas rozliczenia niewątpliwie wpływa na płynność finansową wykonawców robót i tym samym koszt realizacji zamówienia.

Odwołujący, odnosząc się do wprowadzonych zmian w treści OPZ w kwestionowanym zakresie oświadczył jednak, że spór jest aktualny, wprowadzone przez Zamawiającego zmiany, są w ocenie Odwołującego jedynie o charakterze redakcyjnym, a problem ograniczenia konkurencji w postępowaniu nie został wyeliminowany w wyniku zmiany z 20 września 2024 r.

Odnosząc się do powyższych stanowisk, Izba doszła do przekonania, że zarzut nie jest zasadny. W ramach rozważań natury ogólnej, warto przypomnieć, że zamawiający, działając w granicach określonych przepisami ma prawo – jak również obowiązek – sprecyzować przedmiot zamówienia. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast na podstawie art. 99 ust. 2 Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Realizacja tych postulatów prowadzi do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia dającego pełen obraz

oczekiwań zamawiającego. Niemniej nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy. Zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. Jak dostrzegła Izba w wyroku z dnia 20

października 2023 r., sygn. akt KIO 2938/23 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów – to stanowi istotę konkurencyjności w ramach danego zamówienia. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Zamawiający nie jest zobligowany żadnymi przepisami do odstępowania nabywania dóbr, które są dostępne na rynku, które zastępują w swoich rozwiązaniach technicznych starsze rozwiązania lub przedstawiają dla niego rozwiązania korzystniejsze uzasadnione jego potrzebami. Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich potrzeb, z zapatrywaniem na przyszłość, z przewidywaniem możliwości korzystania z przedmiotu w sposób ułatwiający mu pracę czy też polepszający jej warunki. Fakt, że zamawiający jest podmiotem publicznym nie powinien go stawiać w gorszej pozycji i pozbawiać możliwości nabywania dóbr o cechach, parametrach, funkcjonalnościach, które pozwalają na rozwój i ułatwiają działania. Izba zaznacza jednocześnie, że opis przedmiotu zamówienia jak również sposób jego realizacji powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Nie oznacza to natomiast, że zasada uczciwej konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie mają koniecznie ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do tych wymaganych przez zamawiającego.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i uznała, że wykazał on iż wymogi odnoszące się do systemu mają swoje uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego. Izba wzięła przy tym pod uwagę niesporną między stronami okoliczność, że Zamawiający ma w perspektywie realizację szeregu inwestycji składających się na określone przedsięwzięcie stąd, zdaniem Izby, stanowisko o potrzebie usystematyzowania pracy przy pomocy profesjonalnego oprogramowania ułatwiającego pracę i kontrolę nad dokumentacją zasługuje na uwzględnienie i nie jest w tych okolicznościach wymaganiem nadmiernym. Ponadto, Odwołujący przyznał, że pozyskanie oprogramowania nie jest niemożliwe, lecz jest kosztowne. W ocenie Izby nie jest to okoliczność uzasadniająca rezygnację przez Zamawiającego z potrzeby wdrożenia nowoczesnego narzędzia ułatwiającego pracę. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego wskazanego w piśmie procesowym co do tego że więksi zamawiający nie mają takich wymagań w swoim postępowaniach i pracują na „tabelach w Exelu”, w ocenie Izby nie jest miarodajnym porównywanie zamawiającego, jakim jest gmina do zamawiających takich jak GDDKiA, czy PGNiG, ponieważ są to zupełnie różne podmioty o

odmiennej strukturze i wolumenie pracowniczym oraz realizujące inwestycje na innym poziomie. Stąd też Izba dała wiarę stanowisku Zamawiającego, że mając na uwadze wolumen tego zamówienia (z punktu widzenia Zamawiającego jest to duże przedsięwzięcie), a także uwzględniając inne inwestycje, które Zamawiający będzie realizować, wymaganie co do pracy na systemie komputerowym o wskazanych funkcjonalnościach nie jest w tych okolicznościach nadmierne.

Ponadto, dostrzec należy, że stanowisko odwołania koncentruje się na unieważnionym postępowaniu, gdzie została złożona tylko jedna oferta, przez wykonawcę dysponującym programem. Jednak Odwołujący w swoim stanowisku nie wskazał z jakimi kosztami wiąże się nabycie systemu komputerowego o funkcjonalnościach opisanych przez Zamawiającego, ani nie wskazał o ile jego oferta musiałaby być droższa. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, stąd też Izba nie uznała załączonych do odwołania dowodów jako przesądających zasadność zarzutu.

Dodatkowo wskazać należy, że w przypadku zarzutów na treść SWZ niejednokrotnie trafność zarzutu jest determinowana trafnością żądania. Natomiast z rozpoznawanym zarzutem jest skorelowane sformułowane na dużym poziomie ogólności żądanie „6. Usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia zapisów dotyczących Systemu komputerowego wraz z oprogramowaniem lub modyfikacji treści wymogów odnośnie systemu informatycznego w taki sposób, aby dostępność do systemu nie naruszała zasad uczciwej konkurencji.”. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że dokonał zmiany kwestionowanego zakresu, jednak zdaniem Odwołującego zmiana ta nie jest satysfakcjonująca. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał podmioty, których produkty spełniają sporne wymagania, jednak jak wskazał Odwołujący to również utrudnia mu dostęp do zamówienia z uwagi na konieczność poniesienia kosztów zakupu tego rodzaju programu komputerowego. Oznacza to, że pozyskanie odpowiedniego programu nie jest poza możliwościami Odwołującego, tylko z uwagi na konieczność podniesienia kosztów (których wysokości Odwołujący nie przedstawił) Odwołujący jest temu niechętny. Jednak jak już wcześniej Izba wskazała mając na uwadze okoliczności tej sprawy wymaganie Zamawiającego nie jest nadmierne i ma on prawo wymagać zastosowania zaawansowanych narzędzi wspomagających współpracę podmiotów realizujących zamówienie.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: